

Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Der Richter soll seine Competenz prüfen, bevor er auf die Klage decretirt und soll, wenn er nicht competent, also zu einem Urtheile in der Sache nicht legitimirt ist, die Klage abweisen. Der Fall, daß ein Beklagter sich auf die Klage vor einem incompetenten Richter einläßt, kann also nur vorkommen, wenn der Richter den Mangel seiner Legitimation übersehen hat oder wenn besondere Verhältnisse vorhanden sind, welche nur ausnahmsweise in diesem Falle den Beklagten befugen, den an sich competenten Richter abzulehnen. Der letztere Fall nun gehört in die Lehre von den Einreden[6]. Hat aber der Richter den Mangel übersehen, so wird er auch durch die Einlassung des Beklagten nicht competent und das Verfahren ist nichtig. Daß eine prorogatio tacita auch in diesem Falle gültig sei, sagt kein Gesetz, und wenn diese allgemein gelten sollte, so wäre die obige ausdrückliche Vorschrift ein Unsinn.

VI.

Warum schadet die mora eines correus debendi nur dem, der sie verschuldet, ein sonstiges Factum aber allen?

Von

Herrn Dr. C. Wirth
in Erlangen.

Das fragliche Phänomen beruht zunächst auf folgenden drei Digestenstellen:

L. 172 §. 2 D. de R. J. (Paulus).

Unicuique sua mora nocet, quod et in duobus rei promittendi observatur

l. 32 §. 4 D. de usuris (Marcianus).

Sed si duo rei promittendi sint, alterius mora alteri non nocet.

---

6) Denn daß dem Beklagten gegen jede legitimatio Einreden zustehen können und daß er diese Einreden verliert, wenn er sie nicht vorschützt, versteht sich von selbst.

L. 18 D. de duob. reis (Pomponius).

Ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis factum alterius alteri quoque nocet.

Diese Aussprüche sind so bestimmt und in jeder Hinsicht unverdächtig, daß das Dasein der fraglichen Erscheinung selbst nicht weiter zu bezweifeln ist. Merkwürdig ist es übrigens, daß beiden Regeln gerade entgegen die mora des Schuldners auch dem Bürgen,

Quum reus moram facit, et fidejussor tenetur

l. 24 §. 1 D. de usur. (Paulus),

nicht aber das Factum des Bürgen dem Schuldner schadet.

Sed si fidejussor hominem occiderit, reus liberatur

l. 88 D. de V. O. (Paulus).

Es fehlt nun zwar nicht an Versuchen, das Auffallende in diesen Erscheinungen zu erklären. Ich kann sie aber durchaus noch nicht befriedigend finden.

Ganz willkürlich verfährt z. B. die Glosse. Einmal nämlich supponirt sie beim Satze des Pomponius (l. 18 cit.) ein Societätsverhältniß mit der Behauptung, daß außerdem ein correus für die Handlungen des andern nicht einzustehen habe; das anderemal wird die l. 18 auf eine mora in faciendo, die l. 32 §. 4 auf eine mora in non faciendo bezogen. Zum dritten soll es sich in l. 18 um eine agnitio debiti handeln, welche nach l. ult. C. de duob. reis allerdings gemeinschaftlich wirke und endlich meint sie diese Stelle dadurch zu erklären, daß sie den Fall einer Verbürgung supponirt. Es ist eine wahrhaft verzweifelte Anstrengung, um in diese Dissonanz Einklang zu bringen, und erinnert sehr lebhaft an die Wunderlichkeiten, mit welchen ältere Schriftsteller die in l. 3 §. 4 D. de minor. statuirte Ausnahme zu erklären suchten [1]). Wir wollen aber damit der Glosse keinen Vorwurf machen, welche Aufgaben dieser Art zu lösen noch nicht bestimmt sein konnte, und eigentlich bis auf Ribbentrop mehr Tadler, als Verbesserer fand.

Dieser erklärt sich darüber folgendermaßen [2]). Vor Allem sei bei der l. 173 cit. nur an eine durch Interpellation entstandene

---

1) Vergl. v. Savigny, System. Bd. 7. S. 279. 280.

2) Zur Lehre von den Correalobligationen. Göttingen 1831. S. 35 und S. 31, 32.

mora zu denken. Der Unterschied zwischen dieser mora und jeder andern culpa bestehe darin, daß während bei dieser gegen eine unmittelbar in der Obligation liegende Regel — ex re — gefehlt werde, bei jener eine gegen den Schuldner gerichtete Handlung des Gläubigers Voraussetzung sei, ohne welche diese bestimmte Verschuldung nicht stattfinde. Dadurch gewinne die mora eine überwiegend subjective Beziehung. Gerade in subjectiver Hinsicht aber werde die Correalobligation als eine Mehrheit von Obligationen betrachtet und so sei es ganz natürlich, daß die mora des einzelnen correus auch nur auf dessen besonderes Verhältniß zum Gläubiger bezogen werde. Für die Vergehungen aber, welche sich ein correus gegen das gemeinschaftliche obligatorische Verhältniß zu Schulden kommen lasse, und durch welche der Inhalt desselben modificirt werde, müssen auch die übrigen correi haften, und davon sei der Grund in der strengen Einheit des obligatorischen Verhältnisses zu suchen, welches, wenn gleich mit modificirtem Inhalt, doch als dieselbe Obligation, als dasselbe juristische Band unverändert fortbestehe.

Ribbentrop hat aso die Entscheidung unsrer Frage mit der von Keller[3]) zuerst aufgestellten[4]), von Ribbentrop und allen anderen adoptirten Regel in Verbindung gebracht, wornach die C. O. objectiv eine, in subjectiver Hinsicht mehre Obligationen in sich schließt. Die mora, meint er mit kurzen Worten, fällt unter den Begriff der subjectiven Beziehungen, ein sonstiges Factum nicht; daher ist nichts natürlicher, als der von den Römern gemachte Unterschied. Es will uns nun bedünken, als habe Ribbentrop dieser Regel etwas zu Liebe gethan. Denn er hat übersehen, daß auch zwischen demjenigen, der z. B. den Gegenstand der Obligatio vernichtet, und dem dadurch verletzten Gläubiger eine subjective oder Sonderbeziehung entstehen muß, und hat offenbar diesen Umstand mittelst einer Waffe aus dem Felde geschlagen, die er auch, wenn er consequent sein wollte, gegen die einseitige Wirkung der mora gebrauchen mußte. Auch dieß will uns nicht recht einleuchten, daß der correus morosus nicht gegen

3) Ueber Litiscontestation und Urtheil. Zürich 1827. S. 446.
4) Vergl. übrigens Brinz. Krit. Blätter. Nro. 4. S. 3.

eine unmittelbar in der Obligation liegende Regel sich verfehle; denn daß er die Obligatio nicht erfüllt, ist meine ich unter allen Umständen gegen die unmittelbar in der Obligatio liegende Regel gefehlt. Vielleicht wäre Ribbentrop einen Schritt weiter gekommen, wenn er sich nicht zu schnell von der für die richtige Beurtheilung der mora allerdings wesentlichen Interpellation entfernt hätte.

In demselben Ideenkreis, wie Ribbentrop, bewegt sich Madai.[5] Jede Correalobligation, sagt dieser Schriftsteller, bietet einen doppelten Gesichtspunkt dar, des objectiven Bestandes der Obligation einerseits und der subjectiven Beziehung der correi zum gemeinschaftlichen Gläubiger andererseits. In jener Hinsicht findet eine strenge Einheit des obligatorischen Verhältnisses statt; in dieser dagegen wird die C. O. als eine Mehrheit von Obligationen betrachtet. In Folge jener objectiven Einheit muß jede auf das Object und den Inhalt der Obligation gerichtete Handlung eines correus die übrigen nothwendig verpflichten, jeder also für die Vergehungen des andern gegen das gemeinschaftliche obligatorische Verhältniß einstehen. Ganz anders verhält es sich mit der mora eines correus. Diese afficirt den Gegenstand der Obligation an sich nicht, läßt denselben vielmehr unverändert bestehen. Sie ist eine durchaus subjective Beziehung des morosus zum Gläubiger.

Die Neueren endlich, wenn sie sich nicht, wie die Meisten, mit der Erwähnung unserer Sätze als einer ausgemachten Sache, begnügen, sind meines Wissens ebenfalls nicht über die Ribbentrop'sche Erklärung hinausgekommen. So sagt z. B. Puchta:[6] „Die mora des einen hat keinen Einfluß auf die Stellung des andern, weil es sich hier wieder nur um einen subjectiven Einfluß auf die Obligatio handelt."

Allerneuestens hat zwar Bring[7] unsere Frage speciell wieder in Anregung gebracht, sie aber seinerseits, mit den bisherigen Erklärungsversuchen unzufrieden, für unauflöslich befunden.

---

5) Die Lehre von der mora. Halle 1837. S. 446, 447.
6) Pand. Vorles. II. S. 35.
7) a. a. O. S. 32.

Wir meinen nun, den Fehler aller bisherigen Versuche darin zu finden, daß man die mora und die sonstigen facta der correi in einem Zustande allzugroßer Befangenheit von dem eigenthümlichen Wesen der C. O., nie aber in ihrer Selbstständigkeit betrachtete, und von da aus erst dem allenfallsigen Einfluß der Correalobligation nachforschte. Damit haben wir zugleich das Moment bezeichnet, wodurch sich unsere Untersuchung von den bisherigen wesentlich unterscheiden soll.

Betrachtet man nun erstens die mora abgesehen von aller C. O., so beruht sie offenbar wesentlich auf einer besondern Thätigkeit des Gläubigers, nämlich der Interpellation des Schuldners.

Mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona i. e. si interpellatus opportuno loco non solverit.

L. 32 pr. D. de usuris (Marcianus).

Zwar wird in manchen Fällen von der Nothwendigkeit der Interpellation Umgang genommen, aber doch nur ausnahmsweise [8]), und so, daß alle diese Fälle auf eine fingirte Interpellation zurückgeführt werden können. Die mora ist also ihrer eigenen Natur nach Etwas, was lediglich von der Willkür des Gläubigers abhängt, also auch nur da eintritt, wo der Gläubiger es will. So kann sich Jemand von A B und C drei verschiedene Species auf einen und denselben Tag versprechen lassen, und im Falle die Leistungen ausbleiben, nur den einen oder den andern oder Alle in moram versetzen, ohne daß sich dabei einer auf den andern berufen könnte. Wird nun diese Natur der mora sich ändern, wenn die mehren Schuldner correi sind? — Zunächst freilich müssen wir die Fälle ausscheiden, wo die correi im Verhältniß von Schuldner und Bürgen stehen; denn in solchen Fällen gilt, wie wir weiter unten sehen werden, allerdings etwas besonderes. Wir setzen zuerst den Fall einer ganz gewöhnlichen Correalobligation, die darin besteht, daß der Gläubiger zu einer Obligatio mehre Schuldner hat, die aber jeder die ganze Leistung zu vertreten haben. Zwei Punkte nun sind es hauptsächlich, die uns gegen die Regel des Marcianus bestimmen könnten, nämlich

1) die strenge Einheit der C. O. an sich und

---

8) Vergl. Benfey, in der A. L. Z. 1842. S. 180.

2) der Vortheil, den etwa der Gläubiger aus der C. O. als solcher zu erwarten berechtigt wäre.

Die C. O. ist wesentlich eine. Man könnte also meinen, daß die mora, wenn auch nur bei einem Schuldner hervorgerufen, nothwendig auch den übrigen schaden müsse, indem Einheit der Obligatio und Verschiedenheit der Verpflichtung ihrer einzelnen Vertreter unvereinbar ist. Dies ist aber im Wesen der C. O. überhaupt nicht begründet. Der eine correus kann pure, der andere in diem oder sub conditione verpflichtet sein,[9]) wenn nur die Bedingung keine solche ist, daß die Einheit der Obligatio dadurch ausgeschlossen wird.[10]) Ferner kann die Verpflichtung des einen correus gültig, die des andern ungültig sein.[11]) Kann nun trotz Einheit der Obligatio von vorneherein eine Verschiedenheit in den Verpflichtungen ihrer einzelnen Vertreter statuirt werden, dann wird auch nichts im Wege stehen, wenn etwa eine solche Verschiedenheit in den Verpflichtungen der Vertreter erst später entsteht. Denn was das Wesen der Correalobligation von Anfang an nicht beeinträchtigt, das kann es offenbar nur noch viel weniger beeinträchtigen, wenn es später entsteht.[12]) Somit liegt in der C. O. an sich durchaus kein Grund, weßhalb der eigenen Natur der mora zuwider ihre Wirkungen auch auf die nicht interpellirten correi zu erstrecken wären.

Kann denn aber der Correalgläubiger die gemeinschaftliche Wirkung der Interpellation nicht als ein in der C. O. als solcher für ihn begründetes commodum beanspruchen? — Auch das müssen wir bestreiten. Der Vortheil des Correalgläubigers besteht darin, daß er zu einer Verpflichtung mehre Vertreter hat. Was er mit diesen Vertretern, wenn sie säumig sind, machen will, ist seine Sache, und das Recht kann keinen Beruf fühlen, seiner bloßen Bequemlichkeit zu dienen. Es ist genug, daß es in den Fällen, wo Interpellation unmöglich oder aus sonstigen Grün-

---

9) L. 7 D. de duob. reis (Florentinus).

10) L. 116. D. de V. O. (Papin.)

11) L. 12 §. 1. D. h. t. (Venulejus.)

12) So kann eine juristische Person mit weniger als 3 Mitgliedern nicht anfangen, l. 85 D. de V. S. —, und doch fortdauern auch nur mit einem einzigen Mitgliede. L. 7 §. 2 D. quod cujus. unio. (3. 4). —

den erläßlich erscheint, davon Umgang nimmt. Will der Gläubiger einen morosen Schuldner, so mag er ihn interpelliren; thut er es nicht, so wird mit Recht angenommen, er habe sich mit einem nicht morosen begnügen wollen. Was es aber außerdem noch für Gründe geben sollte, die eine gemeinschaftliche Wirkung der Interpellation eines nothwendig machten, sehe ich in der That nicht ein, und daher finde ich unsern ersten Satz nicht nur nicht auffallend, sondern im Gegentheile sehr natürlich. Anders ist es aber allerdings beim Schuldner und Bürgen. Denn hier erwartet der Gläubiger mit Recht, daß die Interpellation des Schuldners auch für die Bürgen wirke, und das Recht hat seinen Beruf insofern richtig erkannt, als es in solchen Fällen eine Ausnahme statuirt; aber nicht etwa wegen der Correalobligation, sondern wegen der eigenthümlichen Natur der Bürgschaft, die ja gerade erst im Falle der Nichtleistung, also besonders im Falle der mora gerade des Schuldners actuelle Bedeutung gewinnt.

Betrachten wir zweitens die sonstigen Facta der correi d. h. ihre Vergehungen abgesehen von C. O., so ist es auch hier ein sehr natürlicher Gedanke, daß jeder für seine Vergehungen allein einsteht, daß die nachtheiligen Folgen nur den Thäter treffen. Dieß drücken im Allgemeinen die beiden Regeln aus:

Non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri

l. 74 pr. D. de R. J. und

Factum cuique suum non adversario nocere debet.

l. 155. D. eod.

Damit hängt auch zusammen, daß durch gemeinschaftliche Begehung eines Delicts niemals C. O. entstehen kann. Denn die Stellvertretung, auf welcher, wie Brinz sehr richtig bemerkt,[13] die künstliche Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern beruht, ist bei Delicten ausgeschlossen.[14] Ist aber dieses der Fall, so

13) a. a. O. S. 28.

14) Auch die noxae datio enthält keine Ausnahme hievon, weil der Eigenthümer ja doch nur insofern für die Delicte seines Gewaltunterworfenen haftete, als er es nicht vorzog, seine Herrschaft über den Delinquenten ganz aufzugeben.

könnte man glauben, es wirke auch innerhalb der C. O. das Delict nur hinsichtlich dessen, der es beging, indem, wie schon bemerkt, eine Verschiedenheit in der Verpflichtung der einzelnen Vertreter die Einheit des obligatorischen Verhältnisses nicht hindert. In der That meinen wir denn auch, daß die Römer der C. O. an sich wegen die entgegengesetzte Bestimmung nicht getroffen hätten. Es verstöße aber die einseitige Haftung der correi für ihre Vergehungen offenbar gegen den Vortheil, den der Gläubiger mit Recht aus der C. O. erwarten darf. Das Recht des Correalgläubigers besteht darin, daß er zu einer Obligation mehre Vertreter hat, die jeder zur Leistung des Ganzen verpflichtet sind. Dieses Recht des Gläubigers ist offenbar ein jus quaesitum. Wenn nun auch immer noch die Möglichkeit bleibt, daß es durch Zufall untergeht, z. B. durch den casuellen Untergang des zu leistenden Individuums, — das darf uns bei der Hinfälligkeit alles Irdischen nicht befremden, — so ist es doch etwas ganz Anderes, wenn einer der correi selbst den Untergang des Individuums herbeiführen und dadurch die Obligatio auf sich allein fixiren könnte. Einem solchen Unternehmen steht das jus quaesitum des Gläubigers geradezu entgegen, um so mehr, als es vortragsmäßig entstanden und demnach, wenn es durch eine Willensäußerung der Interessenten verändert werden soll, nur so einer solchen Veränderung fähig ist, wenn alle dazu mitwirken, die auch zur Entstehung mitgewirkt haben. 15) Wenn das Recht einerseits dem Gläubiger nicht mehr zubilligen darf, als er selbst will, so darf es ihm andersetts auch nichts von dem willkührlich entziehen lassen, was er schon hat. Es hieße aber doch wahrlich der Willkür Thür und Thor öffnen, wenn der insolvente Schuldner, um dem Gläubiger boshafter Weise zu schaden, durch die Vernichtung des schuldigen Gegenstandes die übrigen correi liberiren und die Obligatio auf sich allein fixiren könnte.

Eine Ausnahme wird wiederum mit vollstem Rechte beim Schuldner und seinem Bürgen gemacht. Denn der Bürge soll zwar ein Vertreter des Schuldners, aber der Schuldner nicht ein

15) Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est. L. 35. D. de R. J. —

Vertreter des Bürgen sein. Das Recht des Gläubigers, statt eines zwei Schuldner zu haben, ist hier wesentlich modificirt durch die accessorische Stellung des Bürgen, dessen Factum dem Schuldner gegenüber deßhalb als casus erscheinen muß, weil der Bürge, wenn er auch noch so sehr die nämliche Obligation zu erfüllen verspricht, sich doch eben durch die Verbürgung anheischig macht, alienum negotium zu geriren [16]) und darum zum Kreise derjenigen nicht gehört, die das Geschäft im eigenen Interesse unternommen haben. Consequent wäre es freilich gewesen, mit der Hauptschuld auch die accessorische erlöschen zu lassen, und dieser Consequenz huldigten in der That Neratius und Julianus, [17]) eine actio de dolo gegen den Bürgen statuirend. Vielleicht daß die Gehässigkeit dieser Klage und das bequeme Auskunftsmittel, die accessorische Verbindlichkeit aufrecht zu erhalten, der späteren Ansicht den Sieg verschaffte. [18])

Soferne es nicht etwa vom Gegenstande zu weit abliegt, mögen schließlich noch einige Bemerkungen über die Thatsachen überhaupt Platz finden, wodurch nach der bisher beliebten Theorie bloß die Person betroffen, an dem eigentlichen Bestand der Obligation aber nichts geändert werden soll. Man zählt dazu bekanntlich capitis diminutio, confusio, pactum de n. p. und restitutio i. i. eines minorennen correus. Schon Brinz hat nun urgirt, daß alle diese Thatsachen an sich niemals blos auf die Person wirken. Er schlägt daher vor, lieber die wirklichen Handlungen, d. h. die Geschäfte der correi und die Ereignisse zu unterscheiden, vermöge deren die Person nur etwas die Obligatio Zerstörendes erleidet. Das pactum de non p. müsse eben eine eigene Stellung einnehmen. Wir meinen nun eine Eintheilung zu haben, vermöge deren wir einer solchen Sonderstellung des pact. de n. p. 1, die doch immer etwas Befremdendes hätte, gar nicht bedürfen. Wir scheiden nämlich die Aufhebungsgründe, welche nur in der Person der Schuldner selbst, und diejenigen, welche auch in der

16) Vergl. Brinz, a. a. O. S. 19.

17) L. 19 D. de dolo.

18) L. 38 §. 4 D. de sol. et lib. — l. 32 §. 5 D. de usuris — l. 49 pr. D. de V. O. —

Person Dritter als wirksam gedacht werden können. So kann die Zahlung und was ihr gleich steht eben so wirksam durch Dritte wie durch den Schuldner selbst geübt werden. Es ist genug, daß der Gläubiger hat, was ihm gebührt. Ob durch diesen oder jenen, wird in den allermeisten Fällen sehr gleichgültig sein. Cap. diminutio aber, confusio, pactum de n. p. u. s. w. lassen sich als Aufhebungsgründe nur in der Person des Schuldners selbst denken. Man könnte das Verhältniß vielleicht auch so ausdrücken. Im ersten Falle erfolgt die Aufhebung der Sache, im zweiten der Person wegen. Hat man es nur mit einem Schuldner zu thun, so werden beide Aufhebungsarten factisch auf eins hinauslaufen. Versetzt man sie aber in den Boden einer C. O., so ist ein sehr merklicher Unterschied. Während nämlich die Aufhebungsgründe der Sache wegen wie sonst wirken, — trotz mehreren Schuldnern ist's doch nur eine Schuld, — bleiben die der Person wegen Bezug in auf den Bestand der Obligatio insolange ohne alle Wirkung, als noch ein Schuldner im Vertreterverbande vorhanden, als nicht der letzte Mann, wie Brinz vorschlägt, „eximirt" ist. Man kann in allen diesen Fällen nur dieses behaupten, die Correalobligation hat einen ihrer Vertreter verloren.*)

*) Diese Zeilen wurden schon vor längerer Zeit niedergeschrieben, ohne daß unter dessen verbessernde Hand angelegt worden wäre. Der Verfasser erlaubt sich daher auf seine demnächst im Drucke erscheinende Schrift „über die Natur und die Arten persönlicher und dinglicher Rechtsverhältnisse" als Ergänzung und zum Theil auch Berichtigung hinzuweisen.